Ist die Auflassung nach dem materiellen Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches notwendig beurkundungsbedürftig?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Referendar **Kurt Markwort**

aus **Uelzen**, Prov. Hannover.

ACAD. LEGO BAT. BIBL.

Rostock.

Rats- und Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.

1911.

Referent: Prof. Dr. Matthiaß.

Meinem Vater.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551525_0076

Inhaltsverzeichnis.

A. Einleitung. Seite

§ 1. Das formelle Recht der Grundbuchordnung im Verhältnis zum materiellen Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches 1

B. Ausführung.

I. Die Gründe, die zu einer Verneinung des schriftlichen Charakters der Auflassung geführt haben. . . 4

§ 2. Die Grundbuchordnung enthält nur formelle Vorschriften 5

§ 3. Die Materialien zum § 925 B. G. B.

a. Motive 6

b. Die Entstehungsgeschichte des § 925 B. G. B. . 8

c. Protokolle 9

§ 4. § 925 im Vergleich zu den §§ 1434, 1750, 1770, 2276, 2290 B. G. B. 9

§ 5. Fehlen einer gesetzlichen Bestimmung 10

§ 6. Die verschiedene Fassung des § 873 Abs. 2. . . . 11

II. Widerlegung der Gründe 14

§ 7. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt nicht die mündliche Form unter besonderen Formerfordernissen als besondere Form 15

§ 8. Die Materialien zum § 925 B. G. B. besagen nicht die Mündlichkeit der Auflassung

a. Motive und Protokolle 17

b. der § 2 des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes 19

Seite

§ 9. Die Kammergerichtsentscheidung vom 10. September 1901 verneint nicht den schriftlichen Charakter der Auflassung 23

§ 10. § 925 im Vergleich zu den §§ 1434, 1750, 1770, 2276, 2290 B. G. B. 25

§ 11. Grund der Bindungsvorschriften des § 873 Abs. 2 nicht entscheidend für die Frage nach der Form der Auflassung 26

§ 12. Die verschiedene Fassung des § 873 Abs. 2 läßt nicht auf die Mündlichkeit schließen 28

§ 13. Der Vergleich des Wortlauts des § 925 B. G. B. und des Artikels 143 E. G. zum B. G. B. 31

III. Gründe, die den schriftlichen Charakter der Auflassung gerechtfertigt und notwendig erscheinen lassen 34

§ 14. Die Materialien zum § 925 B. G. B. 34

§ 15. Der von Eccius an der Hand von praktischen Beispielen geführte Nachweis für die Notwendigkeit einer Protokollaufnahme 35

§ 16. Ein weiterer praktischer Fall zeigt die Unhaltbarkeit, die Auflassung mit den mündlichen Erklärungen als vollzogen anzusehen 38

§ 17. Stellungnahme des Reichsgerichts 39

§ 18. Schlußresultat 40

Literaturverzeichnis.

Achilles-Strecker, Grundbuchordnung 1901.

Bendix in Deutscher Juristenzeitung, 7. Jahrgang, 1902.

Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Sachenrecht, zweite Auflage 1903.

Böhm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht 1898.

Breit in Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, 4. Jahrgang 1904, Heft 4 und 11.

Brettner in „Das Recht", 4. Jahrgang 1900, Nr. 18.

Cohn in „Deutsche Juristenzeitung", 7. Jahrgang 1902.

Dernburg, Sachenrecht, 4. Auflage, Halle 1908.

Dronke in Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Band 30, Berlin 1902.

Eccius in Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 47. Jahrgang, Berlin 1903.

Endemann, Einführung in das Studium des B. G. B., Band 2.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 6. Auflage.

Frese, Zentralblatt für die F. G., Band 2 und 3.

Fuchs-Arnheim, Grundbuchrecht, Band 2, Berlin 1908.

Fuchs, Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des B. G. B. und zur Grundbuchordnung, Band I, Berlin 1906.

Fürst, Zeitschrift des badischen Notarvereins 2.

Güthe, Grundbuchordnung, Band I, Berlin 1905.

Heine, Zentralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit, 3. Jahrgang.

Josef in „Archiv für zivilistische Praxis", Band 95.

Josef in „Zeitschrift des Deutschen Notarvereins", 4. Jahrgang 1904, Heft 9.

Kretschmar, Sachenrecht, Leipzig 1906.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band 2. Berlin 1900.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, Berlin 1903.

Oberneck in „Zeitschrift des Deutschen Notarvereins", 2, Halle 1902.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, Band I, Berlin 1909.

Pitel, Zentralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit, 2. Jahrgang, Heft 3/4, 1901.

Planck, Sachenrecht, Band III, Berlin 1906.

Predari, Die Grundbuchordnung, Berlin 1907.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch, I. Band, Berlin 1899.

Schulze-Görlitz, Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit, Berlin 1900.

Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des B. G. B. über Rechte an Grundstücken, Berlin 1898.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, I. Band, Paderborn 1906.

Wächter-Spittler, Zentralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit, 4. Jahrgang, Heft 2.

Willembücher, Liegenschaftsrecht und Grundbuchordnung, Berlin 1904.

Kammergerichtsentscheidung in Rechtsprechung, Bd. 3.

Entscheidungen des Reichsgerichts v. 28. März 1903 in Zentralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit, III. Jahrgang 1903.

Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts, Band 17 und 23.

Motive I zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Protokolle der zweiten Kommission, 2. Lesung, III. V.

Preußisches Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872.

A. Einleitung.

§ 1.

Das formelle Recht der Grundbuchordnung im Verhältnis zum materiellen Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches.

In der Praxis erscheint die Frage, ob die Auflassung nach dem materiellen Rechte ein notwendig beurkundungsbedürftiges Rechtsgeschäft ist, zunächst von keiner großen Bedeutung, da durch die Vorschriften der Grundbuchordnung (§§ 20, 29 Grundbuchordnung) der Grundbuchrichter Eintragungen nur vornehmen darf, wenn ein den Formerfordernissen entsprechendes Protokoll aufgenommen ist. Andererseits kann § 29 Grundbuchordnung für die Entscheidung der aufgeworfenen Frage, ob die Auflassung materiellrechtlich beurkundungsbedürftig ist, nicht in Betracht gezogen werden, da dieser Paragraph nur eine formelle Sollvorschrift bildet, während das Protokoll, das auf Grund des § 29 unzweifelhaft aufgenommen werden muß, die formelle Grundlage für die Auflassung bedeutet. Um zu einer Beantwortung der Frage, ob materiellrechtlich die Auflassung als ein beurkundungsbedürftiges Rechts-

geschäft angesehen werden muß, zu kommen, sind die Vorschriften des materiellen Rechts, d. h. also des Bürgerlichen Gesetzbuches, allein maßgebend. Nur sie sind daraufhin zu prüfen, ob aus ihnen eine Beurkundungsbedürftigkeit der Auflassung herzuleiten ist. Und praktisch kann die Frage doch von Bedeutung werden, da, wenn auch durch die Sollvorschrift des § 29 Grundbuchordnung der Grundbuchrichter angehalten ist, ein Protokoll aufzunehmen, hiermit immerhin nicht ausgeschlossen ist, daß in der Praxis im Einzelfall diese Vorschrift nicht oder nicht gehörig befolgt werden kann. In diesem Falle ist die aufgeworfene Frage lediglich nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu beantworten, ob die Auflassung ohne Protokollaufnahme, oder den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechender Protokollaufnahme, materiellrechtliche Wirkungen zeitigt, m. a. W., ob eine gültige Auflassung schon mit den abgegebenen Erklärungen der Parteien zustande gekommen ist oder nicht. Das Bürgerliche Gesetzbuch erfordert nun im § 925, der lautet:

„Die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke nach § 873 erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (Auflassung) muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamte erklärt werden", die Erklärung der Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamte. Dieser Paragraph hat den Streit herbeigeführt, da sein Wortlaut eine Beurkundungsbedürftigkeit nicht ohne weiteres folgern läßt. Seine Fassung hat daher eine doppelte Auslegung erfahren,

und zwar genügt nach der einen Ansicht[1]) dem unmittelbaren Wortlaut des § 925 nach die mündliche, aber gleichzeitige Abgabe der Erklärung vor dem Grundbuchamte, während die Vertreter der anderen Ansicht[2]) die Protokollaufnahme der Parteierklärungen als materiellrechtliches Formerfordernis ansehen und erst mit der Protokollaufnahme die Auflassung als vollzogen gelten lassen. Da der Wortlaut des Paragraphen beide Auffassungen zuläßt und eine Entscheidung der Frage nicht ermöglicht, ist diese aus anderen Momenten zu suchen, die einen Schluß auf den Willen des Gesetzgebers zulassen.

[1]) Fuchs-Arnheim, Achilles-Strecker, Kretzschmar, Bendix, Dronke, Heine, Wächter-Spittler, Pitel, Breit, Planck, Matthiaß, Dernburg, Frese, Fürst, Fuchs.

[2]) Predari, Turnau-Förster, Strecker, Schulze-Görlitz, Biermann, Eccius, Neumann, Rehbein, Willembücher, Oberneck, Cohn, Josef, Güthe, Brettner, Böhm.

B. Ausführung.

I. Die Gründe, die zu einer Verneinung des schriftlichen Charakters der Auflassung geführt haben.

Die Frage ist in der Theorie Gegenstand der Beachtung und damit auch sofort Gegenstand lebhaften Streites geworden, vor allem wohl durch eine Kammergerichtsentscheidung vom 10. September 1901[1]), da sie zuerst die Veranlassung gab, zu der aufgeworfenen Frage Stellung zu nehmen.

Es handelte sich um die Auflassung eines Grundstückes in Berlin an die vereinigte Fleischerinnung daselbst. Da der Vorstand der Fleischerinnung aus 8 Mitgliedern bestand, aber nur 3 von diesen die Auflassungserklärung, die Eintragungsbewilligung des Verkäufers entgegengenommen und die Eintragung des Eigentumserwerbs in das Grundbuch ihrerseits zu gerichtlichem Protokolle beantragt hatten, lehnte der Grundbuchrichter die Eintragung ab, da nach § 925 Bürgerlichen Gesetzbuches eine mündliche Erklärung

[1]) Rechtsprechung, 3., S. 428 ff.

des Gesamtvorstandes vor dem Grundbuchamte erfordert werde. Das Kammergericht hat sich in seiner Entscheidung auf den Standpunkt gestellt, daß, auch wenn ein Protokoll für die Gültigkeit der Auflassung erforderlich wäre, eine mündliche Erklärung der Beteiligten jedenfalls nötig ist, und kommt auf diesem Wege zu dem Schlusse, daß die Innung nicht genügend vertreten war. Auf Grund dieser Ausführungen und in Verbindung mit diesen wurde in der Literatur von einzelnen Gegnern der Schriftlichkeit der Auflassung, die zuerst zu der Frage Stellung genommen haben, unter Einfügung ihrer eigenen Ansichten, das Ergebnis aufgestellt, daß eine Beurkundung der Auflassung materiell rechtlich unwesentlich sei.

Im Verlauf dieser Ausführungen sollen zur Erledigung der Frage, von den Anhängern der Mündlichkeit ausgehend, zunächst die sämtlichen Gründe angeführt werden, die die Gegner der Beurkundungsbedürftigkeit dazu geführt haben, den schriftlichen Charakter der Auflassung zu verneinen.

§ 2.

Die Grundbuchordnung enthält nur formelle Vorschriften.

Unberücksichtigt bleiben müssen und ausscheiden können daher zunächst diejenigen, die auf Grund der Ordnungsvorschriften der §§ 20 und 29 der Grundbuchordnung die Beurkundungsbedürftigkeit ausschließen. Denn Heine, Achilles-Strecker, Pitel,

Kretzschmar und Breit[1]) gehen von der irrigen Ansicht aus, daß man allein aus dem Grunde die Schriftlichkeit ablehnen müsse, daß § 925 nur die Erklärung der erforderlichen Einigung vor dem Grundbuchamt verlange, und andererseits den §§ 20 und 29 Grundbuchordnung nur instruktionelle Funktionen zuzuschreiben sei, die Beurkundung der Erklärungen aber keine Anforderungen des materiellen Rechts seien. Dieser Standpunkt muß für die Frage der materiell rechtlichen Beurkundungsbedürftigkeit gerade von vornherein ausgeschaltet werden, da die materiellen Wirkungen der Auflassungserklärungen nur aus dem materiellen Rechte, nicht aus dem formellen Rechte der Grundbuchordnung zu ersehen sind.

§ 3.

Die Materialien zum § 925 B. G. B.

a. Motive.

Von den gegen die Beurkundungsbedürftigkeit in Betracht zu ziehenden Gründen sind zunächst zu erörtern die Gegner, die versuchen, ihre Ansicht durch die Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch zu vertreten. So beruft sich Bendix[2]) auf die Motive zum 1. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches[3]), indem

[1]) Heine, Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbarkeit, 1902, S. 572 ff. Achilles-Strecker, G. B. O., S. 140. Pitel, Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbarkeit, 1901, S. 77 ff. Kretzschmar, Sachenrecht, S. 189. Breit, Z. d. D. Notarvereins, 1904, Heft 4 und 11.

[2]) Bendix, Deutsche Juristenzeitung 1902, S. 478.

[3]) Motive, I. Entwurf Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 312 ff.

er sagt, daß diese mit einer Deutlichkeit, die jedes Mißverständnis ausschließe, die Notwendigkeit betonen, daß der Veräußerer und Erwerber ihre Erklärungen mündlich und gleichzeitig vor der Buchbehörde verlautbaren. Allerdings könne den Motiven, so führt er weiter aus, eine ausschlaggebende Bedeutung nicht beigemessen werden, wenn der Zusammenhang der gesetzlichen Bestimmungen selbst zu einer anderen Auffassung nötige. Aber § 925 Bürgerlichen Gesetzbuches bestätige ja nur die Richtigkeit seiner von ihm bekämpften Ansicht. Dieser Paragraph bestimme im Absatz 1, der allein von Bedeutung für die Frage sei, nur, daß die zur Übertragung des Eigentums außer der Eintragung nach § 873 erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers, d. h. also die Auflassung, bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden müsse. Es werde mithin eine besondere Form für die Auflassung eingeführt, hingegen die gewöhnliche Form der dinglichen Einigung beseitigt. Nicht formlos, sondern mündlich geschehe die Auflassung. Die Besonderheit läge in dem Erscheinungszwang, und gerade auf die Errichtung der Auflassung vor der Buchbehörde habe der Gesetzgeber das entscheidende Gewicht gelegt. Den erhobenen Einwand, daß in dem Falle, wo mündliche Erklärungen der Beteiligten die Auflassung bilden, Personen, die nicht sprechen können, die Möglichkeit abgeschnitten werde, Grundstücke zu veräußern oder zu erwerben, sucht B e n d i x damit zurückzuweisen, daß nicht das persönliche Erscheinen dieser Personen

nach dem Gesetz erfordert sei, sondern die Auflassung durch Stellvertreter vorgenommen werden könne.

b. Die Entstehungsgeschichte des § 925 Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Dronke[1]) hingegen versucht den Nachweis durch die Entstehungsgeschichte des § 925 Bürgerlichen Gesetzbuchs zu führen. Er geht davon aus, daß die Reichstagsvorlage die Form des bewußt zum Vorbilde genommenen § 2 des preußischen Eigentums-Erwerbsgesetzes[2]) wiederherstelle, im Gegensatz zur Fassung des § 868 1. Entwurfes, welcher die Auflassung vor dem Grundbuchamt, vor Gericht oder Notar vorsah. Für diese preußische Auflassung, die vorbildlich für die jetzige reichsrechtliche gewesen, sei aber die Beurkundung nicht wesentliche Form gewesen, sodaß auch hierdurch die aus dem Gesetze selbst gezogene Folgerung über die reichsrechtliche Form der Auflassung bestätigt werde, die die mündliche Erklärung der Parteien, nicht die Beurkundung vorschreibe. Der § 873, Abs. 2 Bürgerlichen Gesetzbuches unterscheide für die dinglichen Rechtsgeschäfte die Formen „der Abgabe vor dem Grundbuchamte“ und „der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung“. Der § 925 Bürgerlichen Gesetzbuches stelle aber dadurch, daß er auf § 873 Bezug nehme, klar, daß gerade die gleichzeitige Abgabe der beiderseitigen Erklärungen vor dem Grund-

[1]) Dronke, Busch's Zeitg., 30, S. 56 ff.

[2]) Motive, Bd. 3, S. 314; Protokolle, Bd. 3, S. 170.

buchamt im Gegensatz zu der Beurkundung gestellt und wesentliches Formerfordernis sei.

c. Protokolle.

Endlich werden von Fuchs-Arnheim[1]) die Protokolle aus der zweiten Kommission über den § 868, Entwurf I herangezogen, in denen es heißt:

„Die Erklärungen der Parteien müssen mündlich und gleichzeitig vor dem Grundbuchamt abgegeben werden." Diese Fassung sei abgelehnt, weil das Erfordernis der Mündlichkeit für selbstverständlich gegolten habe (Protokolle 170). Jedoch sei es zur Vermeidung von Zweifeln zweckmäßig erschienen, in Übereinstimmung mit der Absicht des Entwurfs sachlich klarzustellen, daß die Auflassungserklärung von den Parteien gleichzeitig und mündlich abzugeben sei (Protokolle 176). Hieraus schließt Fuchs-Arnheim, daß im § 925 nur eine mündliche Erklärung vorgeschrieben und diese allein ohne Protokoll eine gültige Auflassung ergäbe.

§ 4.

§ 925 im Vergleich zu den §§ 1434, 1750, 1770, 2276, 2290 B. G. B.

Er vervollständigt seinen Beweis, daß es an einer gesetzlichen Bestimmung fehle, aus welcher sich die Beurkundung als notwendiges Formerfordernis ergeben könnte, mit dem Hinweis auf die §§ 1434, 1750, 1770, 2276, 2290 B. G. B. Im Gegensatz zu diesen Para-

[1]) Fuchs-Arnheim, Grundbuchrecht II, S. 242.

graphen, in denen, wie auch er anerkennt, der Abschluß des Vertrages bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor Gericht oder einem Notar, also eine qualifizierte Beurkundung verlangt wird, hebt er hervor, daß im § 925 nur die Erklärung beider Teile vor dem Grundbuchamte gefordert werde. Sonach sei im § 925 nur eine mündliche Erklärung vorgeschrieben und nicht eine qualifizierte Beurkundung wie in den oben angegebenen Gesetzesbestimmungen.

§ 5.

Fehlen einer gesetzlichen Bestimmung.

Zu demselben Ergebnis, daß es an einer gesetzlichen Bestimmung fehle, auf die sich die Notwendigkeit der schriftlichen Form der Auflassung stütze, gelangt auch Planck[1]). Er macht die Entscheidung der Frage davon abhängig, ob die Aufnahme eines Protokolles über die Erklärung dergestalt wesentlich ist, daß, wenn sie fehlt, die Erklärung als vor dem Grundbuchamt abgegeben nicht angesehen werde kann. Da aber eine Bestimmung, die dem Protokolle des Grundbuchamtes diese Bedeutung beilege, weder in dem Bürgerlichen Gesetzbuch noch in der Grundbuchordnung getroffen, namentlich es an einer Anordnung der Beurkundung derjenigen Erklärungen mangele, für deren Entgegennahme die Grundbuchämter zuständig seien, kommt er zur Verneinung der Schriftlichkeit. Sodann legt Planck noch Nachdruck darauf,

[1]) Planck, Sachenrecht, § 873, S. 85 f.

daß die im § 873, Abs. 2 enthaltenen Bindungsvorschriften für die Auflassung nicht erforderlich sind, da im § 873, Abs. 2 der Grund für diese Gebundenheit darin zu suchen sei, jeden Zweifel an der Ernstlichkeit des Willens zu beseitigen, und dieser auch für die Auflassung zutreffende Grund durch die mündliche Erklärung der Einigung bereits genügend zum Ausdruck gebracht und gewahrt werde.

§ 6.

Die verschiedene Fassung des § 873, Abs. 2.

Rein äußerlich auf den Wortlaut des Gesetzesparagraphen sucht Wächter-Spittler[1]) seine Ansicht zu stützen, indem er hervorhebt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch klar und deutlich zwischen der Form „der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung einer Erklärung“ und der Form „ihrer Abgabe vor dem Grundbuchamt“ unterscheide. Die letztere Form, führt er aus, sei nicht nur für die Auflassung als ausschließliche Form vorgeschrieben, sondern auch im § 873, Abs. 2 neben der gerichtlichen und notariellen Beurkundung wahlweise zugelassen. Es müsse also auch in diesen Fällen an eine mündliche Erklärung schon nach dem Wortlaut des Gesetzes notwendig gedacht werden. Im § 873 Abs. 2 sei ferner als weitere Form der bindenden Einigung auch die Einreichung der Erklärung „bei“ dem Grundbuchamt genannt,

[1]) Im Zentralbl. f. freiwillige Gerichtsbarkeit, Heft 2, 4. Jahrg., S. 84 f.

aus dem Gegensatze ergäbe sich also, daß unter der Abgabe der Erklärung vor dem Grundbuchamte nur eine mündliche Erklärung gemeint sein könne. Von dem Erfordernis einer Protokollierung der mündlich abgegebenen Erklärungen durch das Grundbuchamt sage das Bürgerliche Gesetzbuch überhaupt nichts. Ein Versuch, die Beurkundung als notwendiges Formerfordernis in den Fällen, in denen das Bürgerliche Gesetzbuch die Abgabe der Erklärung vor dem Grundbuchamt fordere, also auch bei der Auflassung aus den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch herzuleiten, habe jedenfalls den Wortlaut des Gesetzestextes gegen sich.

Besonders hervorzuheben sind noch die Ausführungen Breits[1]), der ebenfalls auf die verschiedene Fassung des § 873 Abs. 2 seine Begründung stützt. Das Gesetz redet im § 873 Abs. 2 einmal von der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung der Einigungserklärungen und das andere Mal von der Abgabe vor dem Grundbuchamt. Breit schließt daraus, daß dieser auffällige Unterschied in der Fassung darauf hinweise, daß der Erklärungsakt sich in beiden Fällen in verschiedener Weise vollziehen müsse. Auch die Beurkundung, d. h. die konstitutive Beurkundung sei Abgabe, allerdings eine besonders beschaffene Abgabe. Wäre auch die Abgabe vor dem Grundbuchamte als beurkundete Abgabe gedacht, so sei nicht

[1]) In Zeitg. d. D. Notarvereins, 4. Jahrg., 1904, Heft 4, S. 173 ff.; Heft 11, S. 541 ff.

einzusehen, weshalb alsdann nicht auch im Gesetze selbst die Gleichartigkeit durch die Fassung zum Ausdruck gebracht sei. Dann hätte ja der § 873 Abs. 2 lauten können und lauten müssen:

„Wenn die Erklärungen gerichtlich oder notariell oder vor dem Grundbuchamt beurkundet sind"; oder „wenn die Erklärung vor Gericht oder vor einem Notar oder vor dem Grundbuchamt abgegeben sind". Daß das Gesetz diese Form nicht gewählt habe, sondern bei der Abgabe vor Gericht oder Notar ausdrücklich Beurkundung fordere, während bei Erklärung vor dem Grundbuchamt die Abgabe genüge, damit habe das Gesetz nur zum Ausdruck bringen wollen, daß die Erklärung vor dem Grundbuchamte in ihrer Wirksamkeit nicht an die Beurkundung geknüpft sei. Auffällig für Breit ist es, daß nach den Landesgesetzen die Auflassung, die nach Artikel 143 Einführungsgesetz zum B. G. B. vor Gericht oder Notar vorgenommen werden kann, essentiell beurkundungsbedürftig sei. Er sucht dies damit zu begründen, daß für die bindende Auflassung vor Gericht oder Notar nicht mündliche Erklärung genügen könne, da alle sonstigen dinglichen Einigungen, die vor Gericht oder Notar erklärt werden, nach § 873 Abs. 2 der Beurkundung bedürfen. Aus diesem Momente, sagt Breit, möge die Vermutung dafür sprechen, daß, wo die landesgesetzlich zugelassene Auflassung vor Gericht oder Notar zu ihrer Rechtsgültigkeit der Beurkundung bedürfe, auch die regelmäßige Auflassung vor dem Grundbuchamte beurkundungsbedürftig sei. Aber diese Vermutung könne

noch kein Beweis sein. Und jetzt zieht Breit wieder als ausschlaggebendes Moment heran, daß die Gegenüberstellung der §§ 873 Abs. 2 und 925 zu dem entgegengesetzten Ergebnisse führe. Die Tatsache, daß § 873 Abs. 2 gegen die Notwendigkeit der Beurkundung der grundbuchamtlichen Auflassung spräche, fiele schwerer ins Gewicht, als die Erwägung, daß die grundbuchamtliche Auflassung sich in dieser Frage nicht von der gerichtlichen oder notariellen unterscheiden könne. Sodann geht Breit noch kurz darauf ein, daß das Grundbuchamt nicht die Aufgabe habe, Willenserklärungen zu beurkunden, sondern die Grundbücher zu führen, während es gerade Hauptaufgabe der Amtsgerichte und Notare sei, Erklärungen zu beurkunden.

II. Widerlegung.

Hiermit sind sämtliche wesentlichen Gründe aufgeführt, die gegen eine Beurkundungsbedürftigkeit der Auflassung sprechen und die mündlichen Erklärungen als das konstitutive Moment berechtigt erscheinen zu lassen versuchen. Wie in Anmerkung 1, Seite 3 ersichtlich, haben sich noch eine ganze Anzahl Autoren als Anhänger dieser Theorie ausgesprochen, teilweise ohne ihre Ansicht zu begründen, teils indem sie sich auf dieselben Gründe, wie sie oben ausgeführt sind, berufen. Aus den Ansichten der Gegner der Schriftlichkeit ist ein doppeltes Resultat zu ziehen, daß nämlich einmal ein wirklich zwingender Grund für die Mündlichkeit der Auflassung nicht angegeben werden

konnte, andererseits aber Einigkeit unter den Gegnern der Schriftlichkeit darüber besteht, daß die Auflassung nicht etwa als ein formloses Rechtsgeschäft anzusehen, der Auflassung also nicht Formfreiheit zu Grunde zu legen sei, sondern daß eine besondere Form der Mündlichkeit, und zwar die gleichzeitige mündliche Abgabe der Erklärungen beider Parteien vor dem Grundbuchamte für die Auflassung bestehe.

§ 7.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt nicht die mündliche Form unter besonderen Formerfordernissen als besondere Form.

Wenn ich von dieser besonderen Form der Mündlichkeit ausgehe, so drängt sich die Frage auf, gibt es im Bürgerlichen Gesetzbuch überhaupt eine mündliche Erklärung, die an besondere Formen gebunden ist? Hiermit soll zu den Gründen übergegangen werden, die es nicht nur berechtigt erscheinen lassen, sondern die dazu zwingen, dem Protokoll konstitutive, nicht nur referierende Wirkung zuzuschreiben.

Das Gesetz kennt nur zwei Arten von rechtsgeschäftlichen Formen, und zwar: mündliche und schriftliche Rechtsgeschäfte. Während das Gesetz da, wo es keine besondere Form erwähnt, die mündliche Form meint, drückt es in allen Fällen, in denen eine besondere Form vorgeschrieben ist, die Schriftlichkeit deutlich aus. Die Schriftform zerfällt wiederum in die einfache Schrift-

form[1]), die gerichtliche oder notarielle Beurkundung[2]) und die öffentliche Beglaubigung[3]). Bei der schärfsten Schriftform, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, macht das Bürgerliche Gesetzbuch noch einen Unterschied zwischen der einfachen und der qualifizierten Beurkundung, die sich darin unterscheiden, daß bei der ersteren die Erklärungen der Parteien nacheinander örtlich und zeitlich von einander verschieden beurkundet werden, während die qualifizierte Beurkundung gleichzeitige Anwesenheit beider Parteien bei gleichzeitiger Abgabe und Beurkundung ihrer Erklärungen erfordert. Eine Form aber, die darin besteht, daß dem in Gegenwart bestimmter Personen gesprochenen Worte Wirksamkeit verliehen würde, ist dem Bürgerlichen Gesetzbuche fremd. Schon aus diesem Gesichtspunkte, daß das Bürgerliche Gesetzbuch bei mündlichen Erklärungen keine besondere Form kennt, wie es die gleichzeitige mündliche Abgabe der Erklärung vor einer bestimmten Behörde aber wäre, die Schriftform jedoch stets hervorhebt, um bei allen wichtigen Rechtsgeschäften Zweifel an der Ernstlichkeit des Willens zu beseitigen und durch die Schriftlichkeit eine beweissichere Grundlage zu schaffen, geht hervor, daß, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch für die Auflassung diese besondere förmliche Form der Mündlichkeit vorgesehen hätte, es dieses auch im Gesetz, wenigstens aber in den Motiven oder Protokollen zum § 925

[1]) § 126 B. G. B.
[2]) § 128 B. G. B.
[3]) § 129 B. G. B.

klar und deutlich zum Ausdruck gebracht haben würde. Zwar wird im § 1317 Bürgerlichen Gesetzbuchs für die Eheschließung die gleichzeitige persönliche mündliche Abgabe der Erklärung verlangt, jedoch kann aus diesem Paragraphen nicht auf § 925 geschlossen werden, da einesteils § 1317 noch andere Erfordernisse, die für die Auflassung nicht zutreffen, der Eheschließung zu Grunde legt, andererseits auch hier Beurkundung, d. h. die Eintragung in das Heiratsregister vorgeschrieben ist, nur bildet dieser Fall insofern eine Ausnahme, als mittels ausdrücklicher Gesetzesbestimmung[1]) der Mangel der Beurkundung die Ehe nicht zu einer nichtigen macht[2]) [3]). Diese Erwägungen rufen schwerwiegende Bedenken hervor, daß der Gesetzgeber für die Auflassung eine neue, dem Bürgerlichen Gesetzbuch an sich fremde Form hat aufstellen wollen.

§ 8.

Die Materialien zum § 925 B. G. B. besagen nicht die Mündlichkeit der Auflassung.

a. Motive und Protokolle.

Die Gegner stützen sich in ihren Gründen einmal auf die Materialien zum § 925 B. G. B., ferner auf die §§ 1434, 1750 usw. Bürgerlichen Gesetzbuchs, den

[1]) § 1318 Abs. 3 B. G. B.

[2]) Vgl. hierzu die Ausführung Güthes, G. O., S. 446 f.

[3]) Hier ist auch allein das sozialpolitische Moment ausschlaggebend gewesen, nämlich die möglichste Aufrechterhaltung der Ehe.

Artikel 143 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch und auf die verschiedene Fassung des § 873 Abs. 2. Die nähere Prüfung muß aber gerade das entgegengesetzte Resultat ergeben, als das, zu dem die Gegner gelangen. Zunächst ist der Nachweis aus den Motiven und Protokollen zum § 925 Bürgerlichen Gesetzbuchs als nicht gelungen anzusehen. Allerdings besagen die Motive[1]), daß der Veräußerer und Erwerber ihre Erklärungen mündlich und gleichzeitig vor der Buchbehörde verlautbaren müssen. Fraglos ist aber der von den Gegnern gezogene Schluß ungerechtfertigt. Es hat hier nicht der Nachdruck auf die Mündlichkeit gelegt werden sollen — denn daß die Parteien mündlich ihre Erklärungen vor dem Grundbuchamte abgeben sollen, wird von den Anhängern der Schriftlichkeit gar nicht bestritten und soll deshalb als feststehend angenommen werden —, sondern die Motive haben im Zusammenhange mit den Protokollen betonen wollen, daß die gleichzeitige Abgabe der Erklärungen erfordert werde, daß also eine räumlich und örtlich von einander getrennt abgegebene Erklärung der Parteien oder nur eine schriftlich eingereichte Erklärung für die Auflassung nicht genügt. Der Gesetzgeber hat also die qualifizierte Form der Beurkundung, wie wir sie bei allen besonders wichtigen Akten sehen, hervorheben wollen. Denn nach der Wichtigkeit, mit welcher das Gesetz das Grundstück als Verkehrsobjekt behandelt, ist es undenkbar, daß die

[1]) Motive a. a. O., s. Seite 6.

mündliche Erklärung vor dem Grundbuchamte, wenn kein Protokoll darüber vorliegt, die Beteiligten bindet[1]).

b. Der § 2 des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes.

Bei der Berufung auf die Materialien kam sodann der § 2 des preuß. Eigentumserwerbsgesetzes in Betracht. Ich gebe zu, daß mit Recht Dronke auf den § 2 des preuß. Eigentumserwerbsgesetzes verweist, indem er betont, daß nach der Reichstagsvorlage dieser Paragraph vorbildlich für die Auflassung geworden ist. Ganz richtig ist ferner auch, daß das preuß. Recht die Mündlichkeit ausdrücklich erwähnt. Wenn aber Dronke hieraus schließt, daß die Beurkundung nach preuß. Rechte nicht wesentliches Moment gewesen ist, so ist dieser Schluß vollständig irrig und von der herrschenden Meinung bekämpft. Allerdings war anfangs im Geltungsgebiete des preuß. Eigentumserwerbsgesetzes die Meinung geäußert, daß der Grundbuchrichter die Auflassung nicht zu protokollieren brauche; diese Ansicht ist nicht durchgedrungen. Wie Predari[2]) ausführt, forderte man in der preuß. Praxis die Beobachtung der für sonstige Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegebenen Vorschriften. Oder wie Cohn[3]) sagt, sei von der preuß. Praxis niemals bezweifelt worden, daß dem die Auflassung beurkundenden

[1]) Vgl. Brettner im „Recht", 4. Jahrgang 1900, Nr. 18, S. 394.

[2]) Predari, G. O., S. 384 zu § 20.

[3]) Cohn, Deutsche Juristenzeitung 1902, S. 269.

gerichtlichen Protokoll der Charakter von mündlichen Willenserklärungen nicht beiwohnt. Auch Güthe[1]) spricht sich deutlich für den schriftlichen Charakter der preuß. rechtlichen Auflassung aus, wenn er sagt, daß die Zulässigkeit von Auflassungen ohne Beurkundung einen vollständigen Bruch mit den bisherigen preuß. rechtlichen Anschauungen bedeuten würde[2]).

Endlich erklären sich auch zwei Kammergerichtsentscheidungen für die Schriftlichkeit der preuß. Auflassung, obwohl im Gesetz ausdrücklich Mündlichkeit gefordert ist[3]). So gibt Fuchs-Arnheim auch direkt zu, obwohl Gegner der Beurkundungsbedürftigkeit, daß, trotzdem die Auflassung nach dem Eigentums-

[1]) Güthe, G. O., § 20, S. 447.

[2]) Vgl. Turnau, Preuß. Grundbuchordnung zu § 32 Anm. 3.

[3]) Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts, Bd. 17, S. 150 und Bd. 23, S. A. 117: Die beiden Entscheidungen lauten Bd. 17: „Zwar erfolgt nach § 2 E. E. G. die Auflassung durch die mündliche und gleichzeitig vor dem zuständigen Amtsgericht abzugebenden Erklärung des eingetragenen Eigentümers und des neuen Erwerbers. Allein ohne Beobachtung der protokollarischen Form, zu welcher nach § 45 Titel 2, Teil II A. G. O. die Unterschrift der Parteien gehört, ist die Auflassung nicht wirksam.“

Entscheidung 23: „Daß die Auflassung nach § 2 pr. E. E. G. als Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit der gehörigen Protokollierung bedurfte, ist außer Streit. Dem Protokolle mußte die Unterschrift des Richters beigefügt sein, ohne sie fehlte es an der gerichtl. Beurkundung.“

Vgl. auch Dernburg, Pr. Privatrecht, 5. Auflage, Bd. 1, S. 588, § 241. Förster-Eccius, 5. Auflage, Bd. 3, S. 253 Anm. 43 zu § 178.

erwerbsgesetz eine mündliche Erklärung sei, dessen ungeachtet die Protokollierung allgemein als notwendig angesehen sei, sodaß die Auflassung ohne die gehörige Protokollierung als nicht erfolgt gegolten habe[1]). Geht aber aus diesen Ausführungen klar hervor, daß in Wahrheit die Auflassung nach preuß. Rechte eine schriftliche Erklärung und das Erfordernis der Mündlichkeit dahin eingeschränkt war, daß die Erklärungen persönlich durch die Beteiligten oder deren Vertreter abgegeben werden mußten, so kehrt sich die Beweisführung Dronkes gerade gegen ihn und muß uns zur Bejahung der materiellen Beurkundungsbedürftigkeit führen. Wir sahen mit Dronke, daß dieser § 2, wie unseres Wissens noch niemals bestritten ist, vorbildlich für den § 925 Bürgerlichen Gesetzbuchs geworden ist, sahen sodann, daß im Geltungsbereiche des preuß. Rechts die Beurkundungsbedürftigkeit erforderlich war; es bleibt daher der einzige logische Schluß, daß auch für die reichsrechtliche Auflassung die Beurkundung als wesentliches Erfordernis als selbstverständlich angesehen werden muß. Hierzu kommt noch, daß dem Protokoll bei der preußisch-rechtlichen Auflassung nicht die Bedeutung beizumessen war, wie jetzt. Denn nach preuß. Rechte brauchte und durfte der Richter erst die Auflassung entgegennehmen, wenn der sofortigen Eintragung nichts mehr im Wege stand, während der Richter jetzt auch die Auflassungserklärung entgegennehmen muß, wenn die Parteien erklären, die Auf-

[1]) Fuchs-Arnheim im Grundbuchrecht II zu § 20, S. 242.

lassung erst später vornehmen zu wollen. Weil also nach preuß. Rechte zunächst alle materiellen und formellen Erfordernisse geprüft werden mußten, hätte das Protokoll bei referierender Wirkung vollauf genügt, während ihm nach jetzigem Rechte wegen der Notwendigkeit der Entgegennahme der Auflassungserklärungen von seiten des Richters mit vielmehr Recht konstitutive Bedeutung beizumessen ist. Weiter aber ist doch die Annahme folgerichtig, daß bei einem nach der Ansicht der Gegner vorhandenen veränderten Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenüber dem preuß. Recht die Materialien Gründe angegeben haben müßten, warum man vom bisherigen Standpunkt abgewichen ist. Nur dann könnten diejenigen, die sich auf die Entstehungsgeschichte des § 925 Bürgerlichen Gesetzbuchs berufen und hieraus eine Protokollaufnahme als überflüssig ableiten, dieses mit Fug und Recht tun, wenn im Gegensatz zur Auflassung nach preuß. Rechte a u s d r ü c k l i c h hervorgehoben wäre daß nach heutigem Rechte die Auflassung schon mit der mündlichen Erklärung rechtlich wirksam wird. Wie die Motive aufzufassen sind, ist bereits gesagt. Es war dann in der zweiten Kommission zur Verdeutlichung des ersten Entwurfes empfohlen worden, die Worte „mündlich" und „gleichzeitig" einzuschalten. Diese Worte wurden aber als selbstverständlich gestrichen[1]). „Jedoch erschien es zur Vermeidung von Zweifeln zweckmäßig, in Übereinstimmung mit der

[1]) Protokolle, 2. Lesung, 3, S. 168 ff.

Absicht des Entwurfes sachlich klarzustellen, daß die Auflassungserklärungen von den Parteien oder ihren Vertretern gleichzeitig und mündlich abzugeben seien“[1]). Hier ist nirgends davon die Rede, daß ein Protokoll nicht aufgenommen zu werden braucht. Daß der Gesetzgeber auf die räumlich und örtlich gleichzeitig abzugebenden Erklärungen den Hauptnachdruck hat legen wollen, ist bereits erörtert. Natürlich hat er die Schriftlichkeit, da sie ja nach preuß. Rechte als notwendiges Erfordernis angesehen wurde, und da die preuß. Auflassung vorbildlich gewesen ist, als selbstverständliches Erfordernis nicht besonders zu betonen für nötig gehalten. Wenn man diese Ausführungen zu Grunde legt, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß die Vermutungen der Gegner — denn auf Vermutungen gründet sich ja bei diesen nur der Nachweis, aus den Materialien zum § 925 Bürgerlichen Gesetzbuchs den mündlichen Charakter der Auflassung herauszulesen — durch rein logische Erwägungen gerade zum Gegenteil werden, daß nämlich die Schriftlichkeit aus ihnen geschlossen werden muß.

§ 9.

Die Kammergerichtsentscheidung vom 10. September 1901 verneint nicht den schriftlichen Charakter der Auflassung.

Unverständlich ist es, wie diejenigen Kommentatoren, die ihre Ansicht auf die Kammergerichtsentschei-

[1]) Protokolle, 176.

dung vom 10. September 1901 stützen, aus ihr eine Verneinung des schriftlichen Charakters der Auflassung herauslesen können.

Während die Entscheidung zwar im Anfang ihrer Begründung hervorhebt, daß die Erklärungen nach § 925 mündlich vor der Behörde abzugeben sind — und zwar in dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Falle eine mündliche Erklärung des Gesamtvorstandes vor dem Grundbuchamte —, drückt sie in der weiteren Begründung aber deutlich aus, daß im vorliegenden Falle eine Entscheidung nach dem schriftlichen oder mündlichen Charakter der Auflassung als überflüssig anzusehen sei, da es für die Entscheidung nicht in Betracht käme[1]).

Lediglich die Abgabe der mündlichen Erklärungen hat das Kammergericht in seiner Entscheidung be-

[1]) Die Kammergerichtsentscheidung sagt auf Seite 429 in der Rechtsprechung Band 3:

„Auch in der einschlägigen Literatur herrscht, soweit ersichtlich, Einverständnis darüber, daß die Einigung des Berechtigten und des Erwerbers über die Übereignung mündlich und gleichzeitig vor dem Grundbuchamte erklärt werden muß. Nur das ist im Hinblick auf § 873 Abs. 2 streitig, ob eine gültige Auflassung vorliegt, wenn die Beteiligten zwar ihre Erklärung vor dem Grundbuchamte abgegeben haben, hierüber aber ein Protokoll entweder überhaupt nicht oder nicht in der gehörigen Form errichtet worden ist. Einer Entscheidung dieser Streitfrage bedarf es hier nicht, denn die mündliche Erklärung der Beteiligten wird auch von denen erfordert, welche die Aufnahme eines Protokolls über die Verhandlung für unbedingt notwendig halten."

tonen wollen. Daß diese aber erforderlich sind, ist, wie schon hervorgehoben, auch von den Anhängern der Schriftlichkeit allgemein anerkannt. Es fehlt jedenfalls den Gegnern vollständig an jeglicher Unterlage, die Kammergerichtsentscheidung als Stützpunkt für ihre Ansicht zu betrachten.

§ 10.

§ 925 im Vergleich zu den §§ 1434, 1750, 1770, 2276, 2290 Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Auch der Versuch von Fuchs-Arnheim, durch Hinweis auf die §§ 1434, 1750, 1770, 2276, 2290 Bürgerlichen Gesetzbuchs seine Ansicht zu stützen, muß als völlig verfehlt angesehen werden. In den angeführten Paragraphen wird ebenso wie im § 925 Bürgerlichen Gesetzbuchs die gleichzeitige Anwesenheit beider Parteien vor einem Gericht oder Notar verlangt. In diesen Fällen, beim Ehevertrag, Annahme an Kindesstatt, Erbvertrag und Aufhebung eines solchen, zweifelt wohl niemand daran, obwohl das Gesetz nur von dem Abschlusse des Vertrages vor Gericht oder Notar spricht, ohne die Notwendigkeit einer Beurkundung besonders hervorzuheben, daß die Beurkundung ein wesentliches Formerfordernis ist. Dies muß daher auch für die Auflassung gelten[1]). Wenn das Gesetz die Erklärung beider Teile vor dem Grundbuchamt vorschreibt, so war damit, wie schon angedeutet, eine Verschärfung der Form gegenüber der gerichtlichen oder notariellen

[1]) Vgl. Güthe, G. O., I, S. 446.

Form beabsichtigt, ebenso wie in den Fällen der oben angeführten Paragraphen. „Man wird daher als die Meinung des Bürgerlichen Gesetzbuchs anzusehen haben, daß auch bei der Auflassung und den sonstigen der strengeren Form unterliegenden Verträgen jedenfalls die Beurkundung geschehen muß, und daß das besondere der Beurkundung deren Gegenstand, den vor der Urkundsperson erfolgten Vertragsschluß bildet[1])."

§ 11.

Grund der Bindungsvorschriften des § 873 Abs. 2 nicht entscheidend für die Frage nach der Form der Auflassung.

Es erscheint auch nicht gerechtfertigt, die Beantwortung der Frage nach dem Grunde der Bindungsvorschriften des § 873 Abs. 2 Bürgerlichen Gesetzbuchs auch für die Entscheidung der Frage nach der Form der Auflassung als maßgebend anzusehen, wie P l a n c k es will[2]). Dieses hat G ü t h e so klar widerlegt, daß ich hier seine Ausführungen nur wiederholen möchte Er führt aus[3]): Obwohl der Grund der Bindungsvorschriften der sei, jeden Zweifel an der Ernstlichkeit des Willens zu beseitigen, also m. a. W., um übereilte Verfügungen über Grundstücksrechte zu verhinde , und dieser Zweck auch bereits durch die mündliche Erklärung der Auflassung vor dem Grundbuchamt

[1]) Predari, G. O., S. 383 zu § 20c.

[2]) Planck, a. a. O., s. Seite 10.

[3]) Güthe, G. O., § 20, S. 447.

erreicht werde, so sei dies kein Grund, die Notwendigkeit der Beurkundung zu leugnen. Denn die Formvorschriften des § 925 dienen, wenn auch Abschluß und Bindung bei der Auflassung zusammenfielen, nicht allein der Herbeiführung der Bindung, sondern in erster Linie dem Zwecke, den Abschluß des Geschäftes auf eine beweissichere Grundlage zu stellen, einem Zwecke, den jede Formvorschrift verfolge. Dieses sei aber nur möglich, wenn eine Beurkundung der Auflassung vorgenommen sei. Sodann sei eine solche qualifizierte Formlosigkeit, die darin bestehen solle, daß die Auflassung in mündlichen Willenserklärungen sich erschöpfe, die nur die Eigentümlichkeit haben, daß Veräußerer und Erwerber sich dem Grundbuchrichter vorstellen müssen, dem Gesetz unbekannt. Daß das Gesetz überhaupt für die Auflassung eine erschwerte Form hat vorschreiben wollen, ist niemals bezweifelt worden. Nur damit die gerichtliche Beurkundung sich in einem einheitlichen Akte vor dem zuständigen Richter abspielt, hat das Gesetz im Gegensatz zu § 128 Bürgerlichen Gesetzbuchs gleichzeitige Anwesenheit der Parteien vor dem Grundbuchamt gefordert[1]). Nimmt man dieses aber an, so ist nicht zu verstehen, wie diejenigen Kommentatoren, welche dieses ausdrücklich anerkennen, und dadurch die Notwendigkeit der gerichtlichen Beurkundung der Auflassung stillschweigend zugeben, dann noch die Förmlichkeiten

[1]) So Rehbein I, S. 155, Anm. 3.

als beobachtet hinstellen können, wenn ein gerichtliches Protokoll überhaupt nicht aufgenommen ist[1]).

§ 12.

Die verschiedene Fassung des § 873 Abs. 2 läßt nicht auf die Mündlichkeit schließen.

Auch der Versuch, die Mündlichkeit durch die verschiedene Fassung des § 873 Abs. 2 nachzuweisen, ist als verfehlt anzusehen. Wenn man rein äußerlich nach dem Gesetzestexte die Frage beurteilen wollte, könnte man leicht, wie auch Wächter-Spittler und Breit tatsächlich getan[2]), zu der Ansicht kommen, daß das Gesetz einen Unterschied zwischen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung einer Erklärung und der Form ihrer Abgabe vor dem Grundbuchamt hat hervorheben wollen. Demgegenüber bemerkenswert und von Bedeutung sind hier die Ausführungen von Brettner, der auf Grund logischer Erwägungen zu einem ganz anderen Ergebnis kommt, wie die beiden oben genannten Kommentatoren. Nach den Ausführungen Brettners[3]) entspricht der zweite Absatz des § 873 inhaltlich dem Entwurf 2 (§ 794 Abs. 2) ganz, dem Entwurf 1 (§ 828 Abs. 2) zum großen Teil. Der Absatz 2 lautet:

„Vor der Eintragung sind die Beteiligten an die Einigung nur gebunden, wenn die Erklärung gerichtlich

[1]) cf. Cohn, Deutsche Juristenztg., 1902, S. 269.

[2]) Wächter-Spittler und Breit, a. a. O.

[3]) Brettner im „Recht", 4. Jahrgang 1900, Nr. 18, S. 393 ff.

oder notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind, oder wenn der Berechtigte dem andern Teile eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat[1])." Während die beiden ersten Fälle des Absatzes 2 ja klar und deutlich eine Beurkundung ausdrücken, der dritte Fall regelmäßig unter den ersten fallen werde, da die Grundbuchämter gewöhnlich von Richtern verwaltet werden, und dieser Fall jedenfalls nur erwähnt sei, weil landesgesetzlich die grundbuchamtliche Tätigkeit auch anderen Behörden übertragen werden könne[2]), sei der vierte Fall nicht mehr so einfach. Danach solle die Einigung wirksam sein, wenn sie beim Grundbuchamt eingereicht, also ihm übergeben sei. Da eine Urkunde eingereicht werden könne, müsse daraus gefolgert werden, daß die Einigung schriftlich errichtet sein müsse. Es genüge also nicht der mündliche Abschluß[3]), um das Gebundensein der Beteiligten zu schaffen. Hinzutreten müsse noch bei Vermeidung der Wirkungslosigkeit, die „Einreichung oder Übergabe der Urkunde an das zuständige

[1]) Die Bedeutung des Wortes „Einigung" soll hier einer näheren Erörterung nicht unterzogen werden, da dieses für unsere Frage nicht von Interesse. Es soll nur erwähnt werden, daß unter der Einigung des § 873 Abs. 2 nach der herrschenden Ansicht der dingliche Vertrag gemeint ist.

[2]) §§ 100, 101 G. O.

[3]) Ebenso wenig genügt aber auch hiernach der schriftl. Abschluß allein, wie nach preuß. Landrecht.

Grundbuchamt“[1]). Als letzten Fall stelle das Gesetz den hin, daß derjenige, der an dem Grundstück ein Recht habe, eine den § 29 G. O. entsprechende Eintragungsbewilligung abgebe und diese dem anderen Teile aushändige. Diese Form finde auf alle Grundstücksrechte Anwendung, da im Gesetze keine Einschränkung ausgesprochen sei[2]).

Von Bedeutung ist für unsere Frage nur der dritte Fall. Brettner sucht an der Hand folgender Beispiele die Beurkundungsbedürftigkeit als notwendiges Formerfordernis hinzustellen.

Es erscheint der Schuldner mit seinem Darlehnsgläubiger, der über seine Forderung von 200 Mk. einen vollstreckbaren Titel hat, bewilligt die Eintragung, das Protokoll wird jedoch nicht unterschrieben, weil die Erschienenen inzwischen einig wurden, daß noch ein weiteres Darlehn gegeben und dann die Sache auf einmal abgemacht werden solle. Später zerschlägt sich die Hingabe des weiteren Darlehns. Oder der Richter unterschreibt das Protokoll versehentlich überhaupt nicht, und sein Amtsnachfolger teilt demnächst den Interessenten mit, daß er wegen dieses Mangels

[1]) Unwesentlich ist auch die Frage, von wem die Urkunde überreicht werden muß. An sich ist es nach dem Wortlaute der Vorschrift möglich, daß sie von einem Beteiligten oder von einem beliebigen Dritten oder von sämtlichen Beteiligten zu übergeben ist. Allerdings wird nach der Natur der Sache der letzte Fall angenommen werden müssen, daß die Einreichung durch sämtliche Beteiligte geboten ist.

[2]) A. M. Endemann.

die Eintragung ablehne. In diesen beiden Fällen liege eine mündliche Einigung über die Rechtsveränderung, welche von dem Grundbuchamte erfolgte, zweifellos vor. Es sei aber zu verneinen, daß der Gläubiger auf Eintragung der 200 Mk. klagen könne. Es sei ein Unterschied zu machen zwischen einer Einigung, die vor dem Grundbuchamte abgegeben und einer solchen, die dort zu Protokoll gegeben sei. Beide Ausdrücke seien gleichbedeutend, der eine kürzer, der andere länger. Wenn aber die Fassung des § 873 Abs. 2 schon in dem angegebenen dritten Falle einer Protokollierung der Erklärungen vor dem Grundbuchamte gleich zu erachten ist, so ist notwendigerweise hieraus der Schluß zu ziehen, daß die Worte des § 925 „die erforderliche Einigung des Veräußerers und Erwerbers muß vor dem Grundbuchamte erklärt werden", dasselbe besagen wollen, daß also § 925 ebenfalls eine Protokollaufnahme voraussetzt, da dieser Paragraph ausdrücklich auf den Abs. 2 des § 873 hinweist. Auch aus dem Umstande, daß in den sämtlichen übrigen Fällen des auszulegenden Absatzes eine Beurkundung verlangt werde, ist das Erfordernis der Schriftform zu schließen.

§ 13.

Der Vergleich des Wortlauts des § 925 B. G. B. und des Artikels 143 Einführungsgesetzes zum B. G. B.

Übrig bleibt noch als letzter Grund für die Mündlichkeit der Auflassung die Vermutung Breits, daß die Auflassung, die laut Art. 143 Einführungsgesetzes

zum Bürgerlichen Gesetzbuch vor Gericht oder Notar vorgenommen werde, wie alle dinglichen Einigungen nach § 873 Abs. 2 der Beurkundung bedürfe, während die Auflassung vor dem Grundbuchamt dieses Formerfordernis im § 925 nicht bestimme. Die Ausführungen Breits erscheinen eben dadurch besonders wertvoll, weil er auf den Artikel 143 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch hinweist. Allerdings komme ich zu einem ganz anderen Resultate. Breit, selbst ein Gegner der Schriftlichkeit, spricht die Beurkundungsbedürftigkeit für die Auflassung aus, die nach Art. 143 Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch vor Gericht oder Notar vollzogen wird. In beiden Fällen aber, sowohl im § 925 wie im Artikel 143 hat das Gesetz für die Eigentumsübertragung genau denselben Wortlaut. Denn der Wortlaut des § 925 Bürgerlichen Gesetzbuchs ist:

„Die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück nach § 873 erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (Auflassung) muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamte erklärt werden."

Und Artikel 143 des Einführungsgesetzes lautet:

„Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche in Ansehung der in dem Gebiete des Bundesstaates liegenden Grundstücke bestimmen, daß die Einigung der Parteien in den Fällen der §§ 925, 1015 des Bürgerlichen Gesetzbuches außer vor dem Grundbuchamt auch vor Gericht, vor einem Notar

oder vor einer anderen Behörde oder vor einem anderen Beamten erklärt werden kann."

Lesen wir diesen Artikel 143 in Verbindung mit § 925, so würde dieser in der neuen Fassung lauten müssen:

„Die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke erforderliche Einigung muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Parteien vor dem Grundbuchamte erklärt werden. Es bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, wonach die Einigung im Falle des § 925 außer vor dem Grundbuchamt auch vor Gericht oder vor einem Notar erklärt werden kann." Bei der Auflassung, die nach den Landesgesetzen vor Gericht oder vor einem Notar vorgenommen wird, ist aber die Beurkundung auch nach Ansicht sämtlicher Gegner der Schriftlichkeit der reichsrechtlichen Auflassung essentiell. Es ist doch auffällig, daß in allen Fällen nur Abgabe der Erklärung verlangt wird. Schon ein Grund rein äußerlicher Natur für die Beurkundungsbedürftigkeit der reichsrechtlichen Auflassung ist die wörtliche Übereinstimmung der Auflassung nach § 925 B. G. B. und derjenigen nach Artikel 143 Einführungsgesetz. Viel wesentlicher ist aber die Erwägung, daß das Gesetz auf keinen Fall für ein und dasselbe Rechtsgeschäft zwei grundverschiedene Formen hat verschreiben wollen, je nachdem ob eine Auflassung vor Gericht oder Notar oder vor dem Grundbuchamt vollzogen wird. Da der Wortlaut hierfür keinerlei Anlaß gibt, so kann nur angenommen werden, daß der Gesetzgeber, indem er denselben Gesetzestext

gewählt hat, damit hat ausdrücken wollen, daß er auch für die grundbuchamtliche Auflassung, da die Beurkundung bei der Auflassung vor Gericht oder Notar essentiell ist, die Beurkundung beabsichtigt hat[1]).

III. Gründe, die den schriftlichen Charakter der Auflassung gerechtfertigt und notwendig erscheinen lassen.

§ 14.

Die Materialien zum § 925 Bürgerlichen Gesetzbuches.

Wie schon oben ausgeführt, ist aus den Materialien zum § 925 B. G. B. der Nachweis zu erbringen versucht, daß die Auflassungserklärungen in einem Protokoll festgelegt werden müssen. Dieser Beweis findet noch eine besondere Stütze in den Protokollen zum B. G. B.[2]). Diese bezeichnen die Auflassung neben der Bestellung des Erbbaurechts und den drei bereits genannten Verträgen, den Ehe-, Kindes-Annahme- und Erbvertrag, als diejenigen Fälle, in denen statt der einfachen gerichtlichen oder notariellen Beurkundung die schärfere Form der Erklärung vor Gericht oder Notar bei gleich-

[1]) Nicht stichhaltig ist der Nachweis von Oberneck, der an sich ein Anhänger der Schriftlichkeit, die Entscheidung der Frage von den Landgesetzen abhängig macht. In erster Linie sind die Reichsgesetze zu berücksichtigen, und aus ihnen ist der Schluß zu ziehen, ob die Auflassung ein mündliches oder schriftliches Rechtsgeschäft ist.

[2]) Protokolle V, S. 436 f.

zeitiger Anwesenheit der Parteien verlangt werden müsse, entsprechend der Wichtigkeit und Bedeutung dieser 5 Fälle. Hieraus ist zu schließen, daß der Gesetzgeber in der Fassung des § 925 B. G. B. das Erfordernis der Beurkundung tatsächlich hat aufstellen wollen; denn eine nachträgliche Abänderung dieser Absicht, welche die Protokolle ausdrücken, hat wenigstens in bezug auf die Auflassung und das Erbbaurecht in den Materialien nirgends stattgefunden. Der Gesetzgeber hat eben, wie bei den drei anderen Verträgen, so auch bei der Auflassung den Unterschied zwischen der einfachen und qualifizierten Beurkundung[1]) durch die Worte „Abgabe der Erklärungen beider Parteien" besonders hervorheben wollen, während er die Notwendigkeit der Beurkundung für selbstverständlich hielt und nicht für nötig erachtete, sie noch besonders im Gesetzestexte zum Ausdruck zu bringen.

§ 15.

Der von Eccius an der Hand von praktischen Beispielen geführte Nachweis für die Notwendigkeit einer Protokollaufnahme.

Während durch die Sollvorschrift des § 29 G. O. die aufgeworfene Frage praktisch von geringem Belang

[1]) Zwar ist auch von einzelnen Kommentatoren (so Schulze-Görlitz im Ges. f. freiw. G., S. 328[3c]) versucht, den Wortlaut des § 925 nicht als besondere Art der Beurkundung hinzustellen, sondern darin nur einen erhöhten Anspruch in bezug auf die Form zu sehen; doch soll darauf hier nicht eingegangen werden, da es unwesentlich ist und im Effekt dasselbe besagt.

erscheint, wie eingangs klargelegt, weist Eccius[1]) an der Hand einiger praktischer Fälle doch nach, daß sie von Bedeutung werden kann, und in allen diesen Fällen zeigt es sich, daß die Gegner der materiellen Beurkundungsbedürftigkeit zu einem unbefriedigenden, vom Gesetzgeber keinesfalls gewollten Resultate gekommen sind. Der erste Fall, wie er häufig im praktischen Leben vorkommen wird, ist folgender:

Der Veräußerer erwartet Zug um Zug mit seiner Auflassungserklärung die Bewilligung der Eintragung einer Kaufgeldshypothek. Wenn die Auflassung bereits mit den mündlich abgegebenen Erklärungen rechtlich als vollzogen angesehen wird, so würde für den Veräußerer vorzeitige Bindung eingetreten sein, und der Veräußerer wäre ganz auf den guten Willen des Erwerbers angewiesen, da er nach § 925, Abs. 2 die Auflassung unter der Bedingung der Eintragung einer Kaufgelderhypothek nicht vornehmen konnte, eine Annülierung der erfolgten Auflassung aber nicht möglich ist. Nimmt man aber an, daß erst mit der Protokollierung der mündlichen Erklärung, mit der Genehmigung und Unterzeichnung des Protokolls durch die Beteiligten die Auflassung eine materiellrechtliche Wirksamkeit hat, so kann sich der Veräußerer vor der Untreue schützen, da die mündliche Erklärung noch keine Erklärung vor dem Grundbuchamte im Sinne des Gesetzes war.

[1]) Eccius in Gruchots Beiträgen, Bd. 47, S. 710 ff.

Ein zweites Beispiel, aus dem sich auch deutlich ergibt, daß die Vertreter der Mündlichkeit der Auflassung ihre Ansicht praktisch nicht durchführen können, führt Eccius dann weiter aus.

An sich kommen bei der Auflassung nur die Willenseinigungen des Veräußerers und Erwerbers in Betracht. Anders wird es aber, wenn das Forderungsrecht auf Übereignung eines Grundstücks verpfändet wird. Der § 1281 B. G. B. verlangt eine gemeinschaftliche Leistung des Schuldners an den Gläubiger und den Pfandgläubiger. Die Heranziehung des Pfandgläubigers allein zur Übergabe des Grundstücks ist ohne Bedeutung, denn der Pfandgläubiger kann mangels vollzogener Übergabe nicht Faustpfandgläubiger werden. Wohl aber muß der Pfandgläubiger bei der Auflassung zugegen und Mitempfänger der Leistung sein. Jetzt erwirbt mit der Übertragung des Grundstücks der Pfandgläubiger nach § 1287 B. G. B. allerdings schon eine Sicherungshypothek, jedoch fehlt ihm bei nicht erfolgter Eintragung, da er ja kraft Gesetzes erwirbt, was ohne Eintragung stattfindet, die nötige Sicherheit. Denn ist die Auflassung mit den gleichzeitigen mündlichen Erklärungen vollzogen, so kann der Erwerber, solange die Sicherungshypothek nicht eingetragen ist, den guten Glauben an der Richtigkeit des Grundbuches benutzen, das Grundstück hypothekenfrei weiter zu veräußern oder zu verpfänden, der Pfandgläubiger könnte nur auf Berichtigung des Grundbuches dringen. Für den Nachteil, den er erleidet, müßte der Veräußerer als Schuldner der verpfändeten Forderung auf Grund-

stücksübereignung haften, da er dem Pfandgläubiger gegenüber nicht frei geworden ist, wenn er nicht gemeinschaftlich an ihn und den Erwerber geleistet hat. Wenn der Pfandgläubiger zur Auflassung zugezogen wird, so wird damit der Gemeinschaftlichkeit Genüge getan. Kommt die Auflassung jetzt erst mit Aufnahme des Protokolls vor dem Grundbuchrichter zum Abschlusse, so kann nun der Pfandgläubiger auf gleichzeitige Bewilligung der Eintragung der für ihn durch die Veräußerung erwachsenen Sicherungshypothek dringen und erst dann der Übereignung als Mitempfänger der Leistung zustimmen. Sollte ihm die Sicherungshypothek nicht bestellt werden, so könnte er sich weigern, seine Zustimmung zur Auflassung zu geben, und diese Weigerung würde den Veräußerer zwingen, die Auflassung nicht weiter vorzunehmen. In beiden Fällen zeigt sich die große Wichtigkeit des Satzes, daß eine Erklärung der Auflassung in Gegenwart des Grundbuchrichters noch nicht die im § 925 B. G. B. vorgeschriebene Erklärung vor dem Grundbuchamte ist.

§ 16.

Ein weiterer praktischer Fall zeigt die Unhaltbarkeit, die Auflassung mit den mündlichen Erklärungen als vollzogen anzusehen.

Erwähnt sei noch ein Fall, wie er schon in der Praxis vorgekommen ist und auch die Nachteile zeigt, welche sich aus der Auflassung als einer mündlichen Erklärung ergeben können.

Der Eigentümer A. läßt sein Grundstück dem B. auf, aber gerade, als der Richter die Verhandlung unterschreiben will, ereilt ihn der Tod. Stellt man sich auf den Standpunkt, daß schon mit den mündlich abgegebenen Erklärungen die Auflassung vollzogen ist, so fehlt in diesem Falle völlig die beweissichere Grundlage für den Abschluß des Geschäftes. Der Erwerber ist ganz der Untreue des Veräußerers preisgegeben, wenn dieser den Eigentumsübergang leugnet und sich weigert, zur Eigentumsübertragung im Grundbuch nachträglich seine Zustimmung zu geben. Zwar kann der Erwerber auf dem Wege der Zivilklage versuchen, zum Ziele zu gelangen, ob die Zivilklage aber den nötigen Erfolg verspricht, d. h. ob sie noch rechtzeitig Sicherung für den Erwerber bewirkt, mag dahingestellt bleiben; es ist jedenfalls sehr zweifelhaft.

§ 17.

Stellungnahme des Reichsgerichts.

Auch das Reichsgericht hat sich in einer Entscheidung[1]) ausdrücklich für eine Protokollaufnahme bei der Auflassung sowohl vor Notar wie auch vor dem Grundbuchamte erklärt. Die Entscheidung lautet an der fraglichen Stelle: „Nach § 20 Grundbuchordnung in Verbindung mit § 925 B. G. B. genügt im Falle der Auflassung die bloße Beglaubigung nicht, sondern muß die zur Eigentumsübertragung erforderliche ding-

[1]) Entscheidung des Reichsger. i. Zivilsachen vom 28. 3. 1903 im Zentralbl. f. freiw. G., III., 1903, S. 799.

liche Rechtseinigung vor dem Grundbuchamt oder Notar erklärt werden. Dies erfordert zugleich eine gehörige Protokollierung des Erklärten. Wird in letzter Hinsicht gefehlt, so ermangelt die abgegebene Erklärung der Kraft, als Grundlage für die Eintragung des Eigentumsüberganges zu dienen.“ Es will diese Entscheidung nicht nur hervorheben, daß nach dem formellen Rechte der Grundbuchordnung[1]) der Richter angehalten ist, ein Protokoll über die Erklärungen der Parteien aufzunehmen, sondern sie betont ausdrücklich, daß die Auflassung erst mit der Protokollaufnahme materiellrechtliche Wirkungen zeitigt. Denn aus den Worten: „Es ermangelt die Erklärung der Kraft, als Grundlage zu dienen“, kann meines Erachtens nichts anderes herausgelesen werden, als daß die Auflassung erst mit der gehörigen Protokollaufnahme der Erklärungen materiell rechtlich gültig vollzogen ist.

§ 18.
Schlußresultat.

Aus diesen Ausführungen geht deutlich hervor, daß die Gründe, welche die Gegner der Schriftlichkeit der Auflassung zu ihrer Ansicht geführt haben, nicht nur nicht zwingende waren, aus denen sie den rein mündlichen Charakter der Auflassung hätten schließen müssen, sondern daß die Gegner sogar teilweise direkt unrichtige Schlüsse, wie die aus den Materialien zum § 925 Bürgerlichen Gesetzbuchs, aus dem Vergleich

[1]) Dieses schließen einzelne Gegner der Beurkundungsbedürftigkeit mit Unrecht aus dem Wortlaut der Entscheidung.

dieses Paragraphen mit den §§ 1434, 1750, 2276 Bürgerlichen Gesetzbuchs u. a. gezogen haben. Während sämtliche Gründe der Gegner eine stichhaltige Widerlegung zuließen, sprechen die bedeutsamsten Gründe für einen schriftlichen Charakter der Auflassung. Vor allem ist hierbei noch zu betonen, daß in der Praxis der Standpunkt der Gegner unhaltbare Zustände herbeiführen würde. Indem sowohl in der Theorie wie auch durch die Praxis der Beweis für den schriftlichen Charakter der Auflassung in jeder Beziehung als durchgeführt angesehen werden muß, kann aus diesen Erwägungen heraus in Verbindung mit der ausdrücklichen Stellungnahme des Reichsgerichts zu der Frage im Sinne der Beurkundungsbedürftigkeit der Auflassung allein der Schluß gezogen werden, daß das Gesetz im § 925 Bürgerlichen Gesetzbuchs die Auflassung als ein notwendig beurkundungsbedürftiges Rechtsgeschäft hat dokumentieren wollen. Ganz unwesentlich ist es deshalb, ob die Auflassung vor Gericht oder Notar, wie es laut Art. 143 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch gemäß den Landesgesetzen vorgesehen werden kann oder vor dem Grundbuchamte vollzogen wird. In jedem Falle hat das Protokoll, das die Erklärungen der Parteien und ihre Unterschriften enthalten muß, nicht referierende, sondern konstitutive Wirkung; erst mit der Unterzeichnung des Protokolls durch den Richter und die Beteiligten ist die Auflassung materiell rechtlich wirksam zustande gekommen.

Lebenslauf.

Verfasser dieses wurde am 25. Juli 1885 zu Uelzen, Provinz Hannover, als Sohn des Fabrikdirektors Markwort daselbst geboren.

Ostern 1904 erhielt er zu Hameln a. W. das Reifezeugnis des Städt. Gymnasiums und studierte in Tübingen und Göttingen Rechtswissenschaft. Am 4. Juli 1908 bestand er am Oberlandesgericht Celle die erste juristische Staatsprüfung, wurde darauf neun Monate am Amtsgericht Gieboldehausen beschäftigt und ist augenblicklich am Landgericht Hannover tätig.